

イエリングにおける「法心理学的」なもの

「法社会学的」なもの

工藤進

目次

- 一 はしがき
- 二 イエリングと社会法学
- 三 法社会学と法心理学
- 四 再びイエリングの「法感情」について

一 はしがき

わたくしにとって法律心理学は、短かからぬ学究生活においての、古くて新しい問題であり、なお日暮れて道遠き課題でもある。^①

さてわたくしは、前稿(国士館法学第四号寄稿)で、「人間には先天的に法感情が存在するか」ということについて、ハンブルク大学心理学研究所でなされた実験心理的方法による調査の結果を、ドクトル・エーリッヒ・トリップとイエリングにおける「法心理学的」なもの、「法社会学的」なもの

もに、消極に受けとめざるをえなかったことを記述した。そして問題は一転して、「そもそも法感情とは何ものか」という厳(い)わをこに突き当たったが、わずかに活路を、イエリングの「カンフ・ウムス・レヒト」に求めて、ひとわたりその解明をえたつもりである。

ところで、イエリングが本書の序文のはじめでいっているように、「本書公刊の目的は、理論的よりも実践、理的であるし、法の科学的認識を樹立することよりも、法がその最後の力をそこから汲みとらなければならない法の心を増長することである、それこそ、勇敢に、不抜なる法感情の主張にほかならない」^②（傍点は筆者である）から、われわれは、もう少し子細に、イエリングの法感情の取扱い方を考えてみなければならないと思う。このことが、標題の執筆を思い立ったゆえんである。結論をさきというならば、社会法学の始祖であるイエリングにおいては、「法心理学的なもの」と「法社会学的なもの」とが、未分化の姿で、あらわれていたということである。以下に説述したい。

二 イエリングと社会法学

イエリングの人となりとドイツ内外における法思想界に与えた功績については、ひとわたり前稿で紹介したところであるが、もう少し、上述のことに焦点を合わせて紹介の輪を広げてみたい。イエリングが、その著「ローマ法の精神」の冒頭において「ローマは三たび世界を支配し、三たび諸民族を統一した。一たびはローマ民族の武力によって国家の統一を成就し、二たびローマ帝国の没落後ローマ教会の統一をもたらし、三たび中世におけるローマ法継受の結果として法律の統一を生ぜしめた」と述べたことは余りにも有名である。わが日本民法も、ドイツ民法第一草案を

經て、ローマ法の概念構成を継受していることを見れば、ローマ法がかくして世界法律文化の上にもたらした貢献は、まことに偉大であるといわなければならない。ひとり法の継受だけでなく、その自然法思想によって政治と法律生活一般の形成に大きな役割を演じた。それがイエリングのいわゆる三たびローマの支配であったのである。

しかしイエリングがもっぱらローマ法の研究に従事したことは、その歴史的事実の単なる考証を目的としたものではない。だからイエリングは、いみじくも宣言した。「ローマ法を通してローマ法の上に」(„durch das Römische Recht über das Römische Recht“)と。一九世紀の経過において、産業革命によるヨーロッパ社会経済生活はそれまでと格段の異変ある様相を露呈した。一面においては、技術の進歩による大工業の出現・新聞雑誌の普及、世界経済の拡大である。他面においては、資本家と労働者の対立で第四階級が発生したといわれた。貧富の懸隔が顕著になって深刻な社会問題を惹起しつつあった。このような事態に対処するのに、ただ概念の精緻と論理の厳正を金科玉条とする従来の法律学ではもはや事足りない。法律そのものの内容においてのみ、また法律そのものの基礎に立つてのみ法律学を構成しようとする法実証主義では、解決できないことを人は識認する。それは、法の内面的觀察または形式的考察にすぎないものであり、その根本思想は、個人意思の絶対と権利の偏重であって、こういう固定した伝統的概念から演繹される結論の不当なものであるべきことは、火を見るよりも明らかである。イエリングが、これを „Begriffsjurisprudenz“ (「概念法学」) ときめつけたことは、人のみな知るとおりである。^⑤

イエリングが、「ローマ法の精神」(一八五二—六五年)の著述に従っている間に、法律発達におけるさらに普遍的な動機として、「社会的目的」というようなものを構想するようになった。こうした考えを中心としてイエリングは、漸く歴史を離れてもっぱら体系的に法律の純理論的考察を試みたものが、「法の目的」(一八七七八三年)であ

つたとされる(前稿参照)。この点について、もう少し拙著「教養のための法学」からふえんしたい。すなわちイエリングは、法の目的をもって「最広義における社会の生活条件」とし、「利益」こそ法律生活の基礎的創造力であるとした。個人利益の保護は、それ自体法の目的ではなくて、むしろ社会利益確保の手段としてである。すなわちこの社会の利益が法の目的であるから、社会の利益を標準として、法の解釈や適用および立法をなすべきであるという社会的実利主義を提唱したものであった。だから「目的法学」と呼ばれる。また「利益法学」の名称もあるが、この場合、ベンタミズムは含まれないものと解する。イエリングの功績は、ベンタミズムの個人的自利的利益から社会的道義的利益への転換であって、ここから二〇世紀法律学の精華としての「社会法学」の、個人本位権利本位から社本位義務本位への法思想の展開が啓示されたのである。

このようにして、社会法学の先覚者また社会法学派建設の功労者としてのイエリングの思想は、オーストリアではオイゲン・エールリッヒ(一八六二—一九二二年)によって、アメリカではロスコー・パウンド(一八七〇—一九六四年)によって裏打ちされまたいっそう実り多きものとなった。忘れられてならないことである。以下に前掲拙著から要点を抜書する。チェルノービッツ大学学教授エールリッヒは、各人の現実の法律生活から事実を集めて法律学研究の対象とすることを試みて、これを「法の社会学」(「Soziologie des Rechts」)とよんだ。国法を批判して民衆の間に「生きている法」(「lebendiges Recht」)をこそ研究することが、「法社会学」の任務であると考えた。これは概念法学の批判としての自由法論であると同時に、法社会学の基礎づけとして重大な意味をもつものとされる。またハーバート大学教授のパウンドの法理論は、認識を実利のもとにとらえるプラグマティズム(実用主義哲学)に根拠するものとされる。法律家は社会を対象とするエンジンニアであるから、法律学は「ソーシャル・エンジンニアリング」

“social Engineering”（社会工学）である。その出发点は個々人の要請要求または利益であって、法秩序はそれを意味づける一つの手段または機構として現われてくる。個人的利益、国家的利益、または社会的利益すべて個々の具体的人間を通して、個人生活の名か国家生活の名か社会生活の名かにおいてなされるのであるから、よくその実体を洞察して相互関係の調整を図り、特定社会の現実の要求をできるだけ充足するというふうでなければならぬ。

以上で、一九世紀思想界の、そして二〇世紀への橋がかりとしてのイエリングの位置づけを明らかにしたつもりである。

三 法社会学と法心理学

(1) 上述によって明らかのように、イエリングを起点とする社会法学的思想の渦は次第に拡大して今世紀へ伝承しその地盤を確保した。すなわち「法社会学」が、法律解釈学上の事実の補助科学として、また法律学の新しい分野を開拓する独立の一科学として承認されるに至ったのである。この法社会学発達の動機は、これも既に述べたように、かつて栄えた成文法金科玉条主義が、一九世紀産業革命における社会生活の急激な変化の前にその弱点を暴露して、その神秘的な形式論理の運用によってはいかにも埋めがたい深い溝を生じたことに発する。法律の世界と事実の世界との間のギャップ、このように明白な現象に接して法律学の自覚は、一面においては、法律の目的および社会の利益を基礎として、法的規範の合理的な解釈と適用を図ろうとする「自由法運動」^⑥（Freirechtbewegung）を生んだこと、他面においては、法的事実一般を主観的な価値判断から離れて客観的に研究しようとする「社会学的」方法を発達せ

しめたことである。これが法社会学である。何故に法の社会学的研究は、自由法運動と相い伴って発達してきたか、たえず流動してやまない社会生活の中に、法はいかに作用しいかに照応するか、先覚者たちは法の実証的研究に思いを潜め、人類の共同生活の中に、「生ける法」を探究しつづけたことであつた。

あらためてここでエーリッヒをもちだすと、法社会学とは、法現象をば、社会関係の諸型態にかかわらしめて、因果的に普遍的に説明する科学である。法社会学は社会学と同様に、一つの觀察的な科学であるから、まず事実を蒐集してこれが認識これが説明に努めなければならないと。法の領域に属する社会的現象のうち、とくに社会学的認識にとって重要な意味をもつものは、「法の事実」である。したがって法律関係の通有性をば、単に制定法だけを顧慮するのではなく、広く社会の中に把握してその中の多様性をば原因結果について研究することが、法社会学の第一の任務でなければならないと。結局、人間の社会における諸法律制度の現存 (to be sein) を説明することが、法社会学の任務であるから、そこから逆コース的に、「法社会学」とは、現存を支配する諸法則性の学問であると定義づけることができる。ただ問題はかくしてエーリッヒにあつては、法規を当為 (ought to be, sollen) としてその妥当性

において觀察しました規範 (Norm) として理解することをしなかつたという点にかかる。後年、ケルゼンの鋭い批判を真向から浴びるかたちとなつたゆえんである。

(2) 上述エーリッヒの法社会学、これに対するケルゼンの批判とそこから論じ出されたケルゼンの法社会学に対する考え方 (注⑧) を見た。もう一人、日本の法社会学者に少なからぬ影響を与えたドイツ社会学者で経済学者のマックス・ウェーバー^⑨ (一八六四—一九二〇) がいる。

さてそこで問題がある。法社会学の対象を、エーリッヒは、社会心理的事実として捕えた。ケルゼンは人間の意

識の中に存在する表象複合体として捕えた。またマックスウェバーは現実に行爲している人びとの頭の中にあつて、かれらの行爲の現実の動因として作用している法についての表象として捕えた。それにも拘らず、この学問の名称として、みなひとしく「法社会学」(„Rechtssoziologie“)をえらび、一人として「法心理学」^⑩(„Rechtspsychologie“)という名称に考え及ばなかつたらしいということについてである。

これは、単に用語の問題として片付けられないところに意味があると考ええる。これらの法社会学者たちが対象とした「法」というものがドイツ的(観念的)思维形式の「社会学」に親しみ易かつたであろうことは一方の理由である。他方の理由として考えられることは、これら社会科学者たちからすれば、彼らが問題とした「事実」を説明するに當つて、自然科学的な心理学よりは、総合的な社会学の方に心が引かれたということだろうと思ふ。のみならず、近時、法社会学といへば、「法意識」の調査であるとか「法慣行」の調査であるといふうちに、その対象および方法が何かより客観的なもののように思われているのではなからうか。しかしこれらは、旧稿以来わたくしが企図した問題提起の「法感情の調査」と同じく、本来、心理学的なより主観的なものではないだろうか。尤も、これを心理学的に見れば、法社会学の中に二つの大きな傾向(流れ)があるように思ふ。第一は、法社会学の形式性にあこがれる者と、第二は、法社会学のもつ実践的意図にひかれる者であるといえる。前者は主として法哲学者たちの仕事の領域に属し、後者は主として実定法の解釈に従事する人たちが中心となるだろう。いずれにしても、最近の法社会学が、法の形式性よりもむしろ内容の豊饒性を目指して、^⑪「法意識」であるとか「法慣行」であるとか等の問題と取組むようになつてきているのは、一つの進歩といえると思ふ。換言すれば、今日の法社会学が、形式社会学の問題から実証的經驗的な問題へと移行して、人間の心理の内奥に迫るような方向へ探究の光を向けつつあることになるわけで、こ

れならばむしろ「法社会心理学」といってもいいのではないか。はっきりいって、法社会学は今日、心理学的な性格を帯びたものに近づいているのだといってよいと思う。^⑫

(3) 上來しばしば述べたように、概念法学にあきたらない法律家たちが、その活路を自由法学や社会法学に求め、相対立する社会の相い容れない見解や解釈について、その正当性の拠りどころを、社会的事実の中に求めようとしたのだし、こうしたことがまた法社会学を發達せしめた一つの契機でさえあるといふことができる。その事實は心理学的には何ら怪しむに足りないことである。しかし法心理学それ自らはそのような実践的意図をもたない、いや、もつべきではないのである。むしろ法の解釈における人間の意欲作用がどのように具体化されているか、また自由法学がどのような心理的動機のもとに展開しているかを、客觀的に考察すること、それだけで法心理学としては十分に目的を達しているとしなければならぬ。結局、法現象についての社会学的見方と心理学的な見方では、関心の焦点が、法「社会心理学」の対象領域を一つの円周にたとえるならば、法「社会学」はその周辺を社会を探究するのに對して、法「心理学」はその中心部の形成を個人を堀り下げようとするものだといえる。だから法社会学はマクロ的、法心理学はミクロ的であると表現できよう。方法においては、法社会学は実践的であり法心理学は実証的であるという相違が成り立つであらう。問題は、広く「法律事実学」^⑬と總称される分野の中で法心理学が法社会学を侵犯してならないように(上述)、法律事実学に属する法心理学が「法律規範学」^⑭に属する法律学(狹義の法律学)の領域を踏み越す安易さを戒心すべきことである、すでに注意した。法心理学は所詮心理学である。法社会学についてのエールリッヒが侵した誤謬を繰り返すまい(注⑧参照)

四 再びイエリングの「法感情」について

再びとは、前稿（国士館法学第四号所載「民法と法律心理学―統章その一」）の三、「イエリング『権利のための闘争』と法感情についての考察」を、本稿では、もう一つ別の角度から見てみることの謂（いい）である。すなわち本稿での問題提起は、「イエリングにおける法心理学的なもの」と法社会学的なもの」の検討ということであるから、イエリングがとくに「権利のための闘争」の中で叙述した「法感情」が、この二つのものに分析できるということを、上述一九世紀法思想の流れにおけるイエリングの位置づけということを踏まえて説明しなければならないわけである。換言すれば、そこでイエリングが問題にした「法感情」は、もっぱらその発生そしてその源とその意味ということであつたけれど、ここでは、どんな状態でなされたのか、すなわち法心理学的なものともまた法社会学的なものとも未分化の状態において、法感情そのものをいきなりぶつつけていったものだというところを見ることになろうと思う。というのは、当時におけるイエリングのそうした態度が、「社会法学」の先覚者たるにふさわしいことだつたということになるからだと思う。はっきりいって、イエリングは当時、「社会法学」の思维形式からすれば、法社会学から展開していった法心理学（上述）であることを意識せずに、もともと法心理学的な「法感情」（Rechtsgefühl）を法社会学的に取り扱った試論が「権利のための闘争」だというイエリングの識見の所産であつたと考えるわけである。

も早や余白が少なくなつたので、詳論することのゆるされないことは残念だけれど、せめて前稿から拾い読みにイエリングにおける「法心理学的」なものと「法社会学的」なもの

次のことどもをその一、二の例としてくみとることができると思うわけである。

「ウィーンでの事件を仮想して、英国人旅行者と奥国人旅行者とあった場合、宿屋の主人や馬車の馭者がもし不当な料金を要求したとすると、英国人は敢然として彼らの不法とたたかい彼らが屈服するまでそこを立ちのくことをしないが、奥国人はごまかされたことを知りつつそれを争うことなく支払いをするのが普通で、英国人のように振り舞う者は一〇パーセントもないだろうと。それは英国人の場合、古英帝国の法をなお大陸の旅においても防衛せねばならぬという根性があるからであるし、奥国人の場合は、自ら紛争の不快を味おうこととあたりからの誤解もおそれての泣き寝入りからであると。いうまでもなく、イエリングは後者を断じてとらない。」すなわち「イギリス人の法感情の勢力、イギリス人が自分自身を主張するために用いるを常とする精神力こそ、英国の内外に対する政治的地位を確立した原動力であるという。中国は大国ながら国際的地位の低いのは（イエリングはすでに見越していた）一九七〇年代になって中国はやつと国際連合に加入することができたこと）忍従と中国人私生活のしつけによって、育つべき苗がのびないからであるし（長い歴史の証明する如く漢、明、清朝の専制封建君主政治の結果）、これに反して、スイスは小国ながら名誉ある国際法上の地位を占めているのは（たとえば、スイス民法が、近代民法の最も代表的な典型的な民法として、比較法学上重要な地位を今日占めていること）、イギリス人に適合する素質が、ほぼスイス人についても適合するからであると（これなどは、適確に、国際社会法学的な問題として研究の対象となるだろう）。

「また名誉感情 (Ehrfurchtsinn) が最も鋭敏に発達していた、名誉感情の権化ともいわれるローマの士官階級が、その名誉を毀損された場合、また、極端なまでの頑固さをもって土地所有権を防衛してきたローマの農民が、隣人によつて境界侵犯がなされた場合、両者ともその際には、自分の権利を守るために決闘場においてまた法廷に立つて戦

かった。いな、彼らは戦わねばならなかった。それこそ、やむにやまれぬ名誉感情であり法感情であった。そして同様のことが、ローマの商人階級についてもいえる。信用の維持ということが、彼らの死活問題であったからである」。

「原始時代は、真実、公明、忠順、天真爛漫」であったから、このような素地には法的確信 (Rechtsüberzeugung) だけで十分であった。しかし当今の時世は粗野、残忍、冷酷、狡猾、奸邪に充滿している。このような地盤の上では、法は絶えず刷新され改廃されて、旧制度は崩壊し新制度が誕生する (法は「成るべき」もの (zu werden) か「作るべき」もの (zu bilden) か、かつて自然法派と歴史法派の間になされた法典爭議が、「カンフ・ウムス・レヒト」では歴史法派の中で歴史法派の新しい展開が、イエリングによって強調されたことになる) と。常に、イエリングは目を社会にむけていた。「法社会学的」である。しかし「権利のための闘争」は風を呼び「法感情」は火の手を上げる。これは「法心理学」的である。「お前は後えさがつてはいけない。お前にとって問題なのは、値打ちのない目的物ではなくて、お前の人格、お前の名誉、お前の法感情、お前の矜持なのだ」と。

以上本稿を終るに当って、もう一度繰り返えしたい。さればこそ「ローマ法を通してローマ法の上に」 (durch das Römischesrecht, über das Römischesrecht) と。イエリングの意気軒昂や思うべきである。

注

① 法心理学の一解題 (昭七・一月―横浜市立横浜商業専門学校研究論集第三輯所載)

結果責任とその法律心理学の実験について (昭七・一〇月―前掲機関誌第五輯所載)

ハンス・ケルゼンの純粹法学に於ける法律心理学の運命 (昭一一・六月―前掲機関誌第二二輯所載)

民法学序説 (工藤進述印書版・昭一三・四月―横浜商業専門学校講義案八九ページ「法律心理学の提唱」)

昭和二・二・三年度文部省交付人文科学研究費による「法律心理学の研究」についての中間報告書 (昭二四・五月文部省

イエリングにおける「法心理学的」なものと「法社会学的」なもの

＜提出＞

昭和三七年度文部省科学研究（個人研究）助成金による「インドネシア及びベトナム地域の法構造の近代化の研究—法律心理学の研究の一環として」についての中間報告書（昭三八・五月文部省へ提出）

民法と法律心理学—序章（昭四四・三月—埼玉大学社会科学論集第二四号所載）

民法と法律心理学—続章その一（昭四七・一月—国士館法学第四号所載）

思えば、ドクトル・エーリッヒ・トリップの“wissenschaftliches Neuland”のことばに、胸の高鳴りを覚えた日は遠い（Dr. E. Tripp, Untersuchungen zur Rechtspsychologie des Individuums, 1931—„Vorwort“）そして思ふは馳せや。ライプ・ワークへの念願はかならなご。

- ② „Der Zweck, der mich bei Auserbeitung und Veröffentlichung der Schrift leitete, war von Haus aus weniger ein theoretischer als ein ethisch-praktischer, weniger darauf gerichtet, die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts als diejenige *Gesinnung zu fördern*, aus der dasselbe seine letzte Kraft schöpfen muss: *die der muthigen und standhaften Behauptung des Rechtsgefühls*.“

この部分の翻訳については、わたくしの前稿の訳文（六二ページ所載）に誤謬を発見したので、このように訂正する。そして「日沖訳」については、そこで、その訳出おりがまことに生硬で、わかりにくい点のなきにしもあらざることを指摘しておいたが、これは序文のはじめのところであるだけに、とくに原書と対照しながら見ることをしない人びとに対して注意しておきたいところである。

なおレヒツ・ゲヒェールの“wissenschaftliche Erkenntnis”については、この小著を執筆する時点（4. August 1874）において、すでに、イエリングの胸中を往来していたのか、いや、構想すでに成れりであったかは、知るすべもないが、後日の出版にかかる“Der Zweck im Recht, 1877 の第一巻 [234] Kapitel VIII. 2, der Zwang (s. 181-339) になんて「理論的」に且つ詳細にわたって展開されたものとして、受けとめてよいと思う。

すじがきだけを紹介する。法の社会的目的から、「法令のもとにおける国家権力への服従」（Unterordnung der Staatsgewalt unter das Gesetz）について、その動機（motiv）とその保障（Garanten）を分けて論及し、更に対内的には「国民の法感情」（Das nationale Rechtsgefühl）をめぐって、この法感情は、「法における安全の感情」（das Sicherheitsgefühl

im Recht) にはかならないとし、対外的には、「法律問題としての編成」(Organisation der Rechtsplege) になると論述する。

③ ゲルマン民族がローマ帝国から受け継いだ法律文化はローマ法であるが、もともと世界的市民法として発達してきた古典的なローマ法は、農民的村落共同体を基盤として部落的な政治統制に服してきたゲルマン民族にとって、そのまま受け容れられかねたことは、むしろ当然といわなければならない。中世初期において若干の早期継受が行なわれたが、いわゆるローマ法の「継受」(Rezeption) は中世末期から近世初期にかけて生じた現象である。

十一世紀の後半イタリアにおいて久しく忘れられていたユスチニアヌス法典の学説彙纂(ディゲスタ)が発見され、それがボロニアの大学において研究されたことによって、ここにローマ法の注釈学が誕生してヨーロッパ各国に伝えられることとなった。しかしその大部分は一部の継受である。イギリスでは本来のコンモン・ローの中にローマ法思想を溶けこましたし、フランス南部ではローマ法の影響が強かったけれど、北部ではフランク時代からの慣習法が支配して、それがナポレオン法典のもととなっている。そこへローマ法思想の流入である。だからローマ法を全面的包括的に継受したのはドイツだけであった。神聖ローマ皇帝のイデオロギーを受け継いだばかりでなく、ボロニアのローマ法学を全面的に受け入れてドイツ自らの法律学体系として取り込んでしまったのである。(以上、小野清一郎著「法律思想史概説」から、九六ページ以下参照)

④ わが日本におけるローマ法の継受に関し、「旧民法典」から現行民法典に至る経緯に関しては、以下に、穂積陳重著「法窓夜話」にこれをかりる。明治政府が民法編纂の企てをなしたのは、そもそも明治三年(一八七〇年)のことである。當時司法卿江藤新平が制度取調局に訓令して「日本と欧州各国とはおのおのその風俗習慣を異にすといえども、民法無かるべからざることは一なり。宜しく仏国の民法に基づきて、日本の民法を制定せざるべからず。」と、また翻譯官の箕作麟祥に「誤訳もまた妨げずただ速訳せよ」と命じたということは余りにも有名である。明治六年大木喬任司法卿が、當時の司法省顧問フランスの法学者ボアソナード(1825—1910)の手で日本民法の起草に当らせた。その原案が「Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon」である(わたしが昭和二一—二三年法政大学勤務中、図書館の書庫にこの一冊を発見して、はじめてペーパー、ナイフを入れたなつかしい思い出がある)。その後多くの歳月と紆余曲折を尽して、明治二十一年十二月財産編、財産取得編の一部、債権担保編および証憑編の草案が完成し、明治二三年四月法律二八号で公布

された。また人事編および財産取得編の残部は、同年十月法律九八号をもって公布され、双方とも明治二六年一月一日から施行すべきものと定められた。たちまち風雲急にして、この法典の施行延期論の火の手が英法派に上がり、仏法派の既成法典断行論と真向から対立した。帰するところは、前稿参照、ドイツ法典争議と同じく、法の原理原則は時と所を超越するという自然法理論を堅持する断行派と、国法なればこそその国民性や時代精神等に立脚する歴史的所産ならねばとする時期尚早論の歴史法学学派との抗争にほかならない。「其の後は何となく英仏両派の間に殺氣立つて山雨来たらんと欲して風様に満つの感があつた」と、穂積は形容している。そしてこの結末は、周知のごとく、明治二五年六月十日衆議院本会議において貴族院から回付された施行延期案（明治二九年十二月三日まで）が可決成立した。その後なお一カ年半再延長され、その凍結期間中に新法が制定されたから、「旧民法」は、一度の施行も見ないままに波瀾万丈の生涯を閉じた。

新法すなわち現行民法は、明治二六年（一八九三年）三月法典調査会を設置し、総理大臣伊藤博文総裁のもと、穂積陳重、梅謙次郎、富井政章の三博士を起草委員に任じて起草に当らしめた。当時すでにドイツ民法典第一草案（一八八七年）が公表されていたのでこれ参酌し、大体の形式においてはドイツ式民法を起草したものといえる。しかし梅謙次郎はいっている。「世上にわが民法はドイツ民法に拠ると称する者あるもそれは浅見なり。形はドイツ民法に酷似せるも、フランス民法はドイツ民法と同一程度に参酌したり」（明治四〇年東大講義）と。とにかく総則、物権、債権の前三編は明治二九年一月帝國議會を通過して、同年四月二八日公布された。親族、相続の後二編は三一年五月の臨時議會を通過して、同年六月二一日公布された。こうして全民法典が明治三一年（一八九八年）七月一六日から施行されたのである。（尤も後二編は、昭和二二年五月三日実質上廃止されたこと周知のとおりである）。

⑤

拙稿横商專講議案中にこう述べた―「三段論法をもって唯一の思惟形式とする『概念法学』では、『法の目的』からする前提および帰結に対する批判をまったく無視する。当然のことながら、それは一九世紀産業革命下の異常な社会生活にはうけいがたいものとなった。人は今や『概念法学』に満足することはできない。法の象牙の塔を一步外に踏みでてみると、いよいよ法の対外関係における考察を主眼とせねばならないことに気づく。法現象は社会現象である。生きた社会的事実を直視することなしには、社会規範を論ずることはできない。かくて法の実質的考察が要求されねばならないこととなった。すなわち『概念法学』を拒否して、形式的権利の保護よりも法が保護する利益の重要性を強調することとなつ

た。かくして新たな思惟動機を与えたいわゆる「社会法学」(Sozialjurisprudenz)は、主としてイェリングの影響のもとに生じたものであって、一言にして尽せば、社会学的觀察によつて法学の内容を豊富にしようとするものであると。

- ⑥ 前掲講義案参照……自由法運動の趣旨とするところは、従来の概念法学からの解放の主張である。モンテスキューの三権分立論を打破しようとする企てである。その著「法の精神」は、立法、司法、行政の國家統治權の三作用は獨立分離したもので互いに他を侵してならないことを主張する。従つて法律學では、法文の擴張解釈や類推解釈は許されない。裁判官は立法者ではないから、法文に規定のない場合は自由にこれを補うことはできないという。そうだとすると、裁判官は法律の規定することしか裁判できないことになる。しかし法律が現在および将来の社会生活の万般について規定することはできない。また裁判官は規定がない場合にも裁判を拒否することはできないのだから、むしろ裁判官には法律補充の権能を付与すべきであろう。スイス民法第一条二項に「この法律に規定ない場合は裁判官は慣習法に従い、慣習法もない場合は自己が立法者たらば法規として設定したるべきところに従つて裁判すべし」とある。それは明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得第三条「民事の裁判に成文なきものは慣習により、慣習なきものは条理を推考すべし」とあるのと同じ趣旨である。

こうして自由法思想が、わが國の實際の裁判の上に作用したものと考えられる四つの判例について見ようと思う。判決理由のくわしい叙述は省略して、結論の主要部分だけを見ることにする。

(1)と(2)の判例は、規定のない場合における積極的な判断を示した場合で、(3)と(4)の判例は、規定はあつてもその適用を排斥して本来の理念を導入することによつて解決した場合である。

(1) 旧刑法下において電気窃盜罪の成立を認めた(明三六・五・二一大判)。當時現行刑法(明四〇法四五)第二四五条「電氣を財物とみなす」にあたる規定のなかつた時代で、しかも罪刑法定主義の嚴然たる枠ぐみの中においての判決である。

(2) 三々九度の盃は婚姻の予約である。正当の理由なくして破棄した一方は、相手方に対して損害賠償の責任がある(大四・一・二六大判)と。わが國の古來から伝承された民俗風習に対して、法律的な効力を付与したものであることができる。

(3) 不動産買戻約款の実行に關して民法第五八三条がある。本件では一円八錢の不足があつたため買戻有効か無効かが

争となった。かかる僅少な額の不足あるような場合はむしろ買戻権を成立させることが、債権契約本来の信義則に適うゆえんであると判決した（大九・一二・一八大判）。

(4) 男子にも貞操義務あり（昭二、五、一七六判）と。刑法第一八三条は夫の姦通を罰するものではないし、民法第八一三条三号は夫の姦通をもって妻からの離婚原因とはしていないけれど、これは古来の因襲に根ざす特殊の立法政策であって、これらの規定があるからといって、妻が民法上夫に対して貞操義務を要求することの妨げとはならない。婚姻契約によって配偶者は、互いに誠実を守る義務が負荷される、と（戦後、刑法一八三条は削除されたし、改正民法離婚原因七七〇条は夫妻平等となった）。

以上、自由法思想の判例における動向は、学界における伝承的な思潮から自由な思潮への進展によって基盤を与えられる。牧野英一「法律に於ける矛盾と調和」（大八有斐閣）、「法律に於ける進化と進歩」（大一同）華麗な論陣を展開する。鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」（大一一五岩波民法研究第三者所載）堅実な鋭敏な論法で詰める。

⑦ 尾高朝雄「法社会学の概念とその問題」（法学協会雑誌四四卷六一〇ページ以下）

加藤新平「法社会学とはいかなる学問か」（法律文化社「法社会学の課題」）

細野武男「法社会学の実証的方法と課題」（法律時報二五卷六号）

恒藤 恭「法社会学の諸傾向」（季刊法律学六号二二二ページ以下）

⑧ ケルゼンの「純粹法学」については前掲拙稿参照のこと。なおここでの問題は、エールリッヒが不明確に過した理論的、法社会学と実証的、法律学（ここでは法社会学）の対立を、ケルゼンは、それは、為の世界と存在の世界というまったく隔絶された二つの世界の対立であるから、したがって根本的に方法を異にする、規範科学と因果科学との対立であるとして徹底的に論述したことは注目に値する。ケルゼンによれば「社会学」とは、社会的共同生活の自然法則を求める人間社会の自然科学である、社会的事象が現実を経過する有様を説明する因果科学である。だから「法社会学」なるものも、法をもって妥当的なものとして前提された規範としてではなくて、この点において理論的法律学と異なる——法をもって事実上の過程として、合法則性において理解されうべき人間の特定の精神的および肉体的行為として研究する科学である、ということになる。結局、ケルゼンの純粹法学は理論的法律学を指向するわけになる。

⑨ マックス・ウェーバーの法社会学は、「社会的行為」をその意味を明らかにすることによって理解し、且つこれによって

その経過と作用とを因果的に説明する科学であるという。その「社会的行為」とは、行為者の懐く意味において、他行為者の動作と関係を有し且つそれによつてその経過の方向を定められた行為であると定義する。われわれはこの行為を決定する原因として、心理的および物理的のさまざまな動きまたは事情を考えることができる。しかしその原因の中でも「法規」を思い浮べていたであらうことは、きわめて重要な影響を及ぼしことと思う。したがつてこの場合、この法規の遵守を強制し又はこれに対する違背を懲罰する、その強制機関の作用が妥当性ありと説明される。だからマックス・ウェーバーにあって法律は、「物理的強制の可能性によつて外面的に保障される秩序」であるということになる。法律をこのように経験的に意味づけうる社会的行為に分析することによつて、これを純粹に因果的に説明しようところに、マックス・ウェーバーの法社会学が基礎づけられるわけである。

⑩ 西村克彦「法心理学の課題」（日本評論新社「法律学体系」第二部法理学論篇三〇ページ）、本論文の概要については、さきに「拙稿民法と法律心理学―序章―」一ページで紹介した。

なおわたしは、別に右同所で同趣旨を、日本の全民法学者に対して要請した―谷口知平「民法学の現代的課題」（ジュリスト四一三号所載）の中で「法社会学的研究」の提唱に対して―前掲わが国法哲学者法社会学者たる人びとの結論される法社会学の概念決定はおよそ次の如くである。社会生活における親和関係と闘争関係、感情的関係と理知的関係そしてそれらの錯綜する社会的諸関係の間において法律現象はいかにして生起し發展するか、法律現象はさらにいかなる影響をこれらの社会関係に及ぼしいかなる変容をその上に与うるか等について研究する学問であると。

一方「法意識」の実態調査では、マスコミによる、戦争と平和とか、選挙とか現内閣の人氣とかの政治関係に集中することは周知のとおりであるが、官庁機構による重要な調査がある。たとえば、終戦直後の悲惨な社会変動を如実に物語る「人身売買」の生態に関して、法務府人権擁護局が厚生、労働両省、警察庁、検察庁と緊密な連携を保つて調査したものや、憲法上保障された両性の平等個人の尊厳が離婚についていかなる様相を示しているかを見るために、昭和三十六年五月労働省婦人少年局で行なつた「離婚に関する意識調査」がある。「法慣行」の実態調査では、長男単独の家督相続から共同均分の遺産相続への民法改正に伴う農業資産相続の実態を知るために、日本学術会議が東大、京大、名古屋大、東北大、九州大を動員して大がかりな調査を行ったことがある。いずれも「新しき日本」のほんとうの姿を見るものである。

⑫ この点について、わたくしは、西村前掲論文に負うところが多い。事実、わたくしが法律心理学を志向するきっかけとなったのは、前掲ドクトル・トリップの著書の中でたまたまぶつかった „wissenschaftliches Neuland“ (学問上の新天地) に目を奪われて以来、若き日の情熱を燃やしてひたすらに「法律心理学」の念仏を唱えつづけたきらいがあることを告白する。学友たちは「法社会学」への道をつづばしっていったが、結局同じことである。われ人ともに、西村論文に教えられるところがなければならない。

⑬ 西村前掲三三ページ

⑭⑮ 岩波法律学辞典第四卷二一八一—二一八五ページ(木村亀二)参照。「法律学」には四つの概念がある。第一は現に効力を有するところの「法律規範学」、第二は過去に法律規範と法律秩序を対象とする「法律史学」、第三は理想的な法律規範と法律秩序を対象とする「法律理想学」、第四は法律事実または法律現象を対象とする「法律事実学」である。第一、第二、第三の説明を省略する。第四の法律事実学の対象とするところは結局「法律生活」であるが、更に細分して (1) 個人心理的方面と、(2) 社会心理的方面と、(3) 社会的方面となる。(1)は「法律心理学」で、法律的感情、法律的意識、証言心理、犯罪心理学に関する研究。(2)は「法律社会心理学」で法の社会心理的方面を対象とするから、民族心理の研究等。(3)が「法律社会学」である。法律現象を一箇の社会現象として考察し、それと宗教、道德、国家、政治、経済等の他の社会現象との関係を研究し、法律現象の成立、発展および消滅を支配するところの法則を発見せんとすることを目的とする。通常(1)法律現象一般を考察の対象とする一般法律社会学と、(2)国家、犯罪、家族、婚姻等を扱う特殊法律社会学を分つ。

⑯ 拙稿前掲「民法と法律心理学」序章」二五ページ